Der Begriff des Tauschgeschäftes
in
rechtlicher Beziehung

Auszug

aus einer Schrift zur Erlangung der juristischen Doktorwürde bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrichs-Wilhelm-Universität zu Breslau

Vorgelegt von

HANSGEORG MOKA

BRESLAU

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- u. staatsw. Fakultät der Universität Breslau
Berichterstatter: Professor Dr. Süß.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Der Tausch ist eines der ältesten Rechtsinstitute aller Völker. Seine Entwicklung vom römischen Recht bis zum heute geltenden Recht ist gekennzeichnet durch die in immer stärkerem Maße verloren gehende Selbständigkeit als Rechtsgeschäft.

Im römischen Recht schon machte die „permutatio" verschiedene Entwicklungsstufen durch, die für das römische Recht durch den zugunsten der Prokuljaner entschiedenen Streit zwischen diesen und den Sabinianern ihren Abschluß fanden.

Zur Zeit der entwickelten römischen Jurisprudenz spielte sich der Güterumsatz, Handel und Wandel schon durch den Kauf ab, der als wichtigstes Rechtsgeschäft bei Behandlung des Kaufes und Tausches naturgemäß im Vordergrund steht. Daraus schließt z. B. Lucas, daß der Tausch eine eigentlich rechtliche Selbständigkeit nie erreicht hätte. Dieser Auffassung kann man wohl ganz allgemein zustimmen, aber nicht ohne Einschränkung, denn ihr steht schon allein entgegen, daß der Tausch in der Justinianischen Gesetzgebung nicht als eine species des Kaufes, sondern als ein, wenn auch nur mehr dem Namen nach, aber immerhin selbständiger Innominat-Kontrakt erscheint. Im corpus iuris civilis steht die permutatio mit eigenem Titel: „D XIX, 4 de rerum permutatione" und „de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione, C IV, 64".

In dem zwischen Prokuljanern und Sabinianern geführten Streit über die Stellung der permutatio im Recht setzt sich die Auffassung der Prokuljaner dahingehend durch, daß der Tausch ein Innominat-Kontrakt, also ein selbständiges Rechtsgeschäft sei, wobei sie zugaben, daß der Kauf aus dem Tausch entstanden ist. Die Gründe der Sabinianer für ihre Auffassung, daß der Tausch nur eine Unterart des Kaufes und demnach auch nach den Vorschriften und Grundsätzen des Kaufes zu behandeln sei, liegen hauptsächlich in der Absicht, die ganze Konstruktion der Vielseitigkeit der Rechtsgeschäfte zu vereinfachen, wozu außerdem wissenschaftliche und formale Momente traten.

Heute hat sich der Standpunkt der Sabinianer in dem Wortlaut des § 515 BGB.: „Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung" restlos durchgesetzt.

Noch deutlicher geht dies aus dem „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" § 502 hervor, wo fortgefahren wird: „Jeder der Vertragschließenden ist in Ansehung der von ihm versprochenen Leistung gleich einem Käufer zu beurteilen".

Die Entwicklung und einzelnen Auffassungen im römischen Recht, sowie in den Partikularrechten und zuletzt im geltenden Recht standen unter dem Zweifel: Selbständigkeit als Rechtsgeschäft oder Unterordnung unter den Kauf?

Die permutatio war zuerst ein „nudum pactum", also ein gänzlich formloser Vertrag, der rechtlich nicht realisierbar war, demnach keine Pflicht in sich schloß, die auf dem Rechtswege erfochten bzw. hätte erzwungen werden können. Die Erklärung hierfür liegt hauptsächlich in der Ausführung des Tauschgeschäftes „Zug um Zug", bei der ein Ausbleiben der Gegenleistung beinahe völlig unmöglich war. Später wurde der Tausch Innominatrealkontrakt im Gegensatz zum Kauf, der bevorzugter Konsensualvertrag war, also schon durch den bloßen Konsens zustande kam, während der Tausch erst mit der Leistung als gegeben erschien. Es entstand also für den, der geleistet hatte, die Möglichkeit der Klage auf Erfüllung mit der actio praescriptis verbis. In der Justinianischen Gesetzgebung, im corpus iuris civilis, wurden Kauf und Tausch getrennt behandelt und als zwei selbständige Rechtsgeschäfte angesehen.

Die Entwicklungsstufen im römischen Recht sind kurz zusammengefaßt: Kauf rechtlich realisierbar — Tausch ohne jede rechtliche Bindung. Kauf klagbar durch Konsens der Parteien — Tausch bei Leistung eines Vertragsteiles. Kauf ungestörte Besitzverschaffung — Tausch Eigentumsübertragung erforderlich. Tausch erst analog den Bestimmungen des Kaufes behandelt, dann selbständiges Rechtsgeschäft.

In dem älteren deutschen Recht und in den Partikularrechten tritt uns der Tausch in immer stärkerem Maße als Abart des Kaufes, also entsprechend der Auffassung der Sabinianer, entgegen. Seeger begründet diese Erscheinung mit zwei Momenten. Einmal damit, daß der Tausch derartig selten vor den Richter kam, daß man die Härten und Unbilligkeiten, die durch Anwendung der Regeln für den Kauf entstanden, nicht genügend ermessen konnte und zum anderen, daß die Zeit immer mehr dahin strebte, zu generalisieren, im Gegensatz zum römischen Recht, das eine Einzelentscheidung neben die andere reihte, ohne allgemeine Prinzipien aufzustellen.

Die Stellung des Tausches in den einzelnen Partikularrechten ist kurz folgende:

Im BGB. für das Königreich Sachsen von 1863 ist bestimmt, daß der Tausch analog den Vorschriften des Kaufes zu beurteilen sei. Eine Spezialbestimmung, daß das Vorkaufsrecht bei ihm nicht angewandt werden darf, steht bezeichnenderweise unter dem Abschnitt „Kauf" im § 1130.

Auch das österreichische BGB. von 1811 schreibt die analoge Behandlung des Tausches mit dem Kauf vor. In den §§ 1045 bis 1052 werden noch einige Sonderbestimmungen getroffen.

Der code Napoléon von 1804, der bis 1900 auch im linksrheinischen Deutschland galt, schreibt ebenfalls vor, den Tausch nach den Regeln des Kaufes zu beurteilen (Artikel 1707).

Das badische Landrecht regelt den Tausch nach den Vorschriften des code Napoléon.

Auch das Allgemeine Preußische Landrecht von 1794 steht auf dem gleichen Standpunkt durch die Bestimmung des § 364 im XI. Titel.

Daß auch das geltende Recht im BGB., und zwar in ganz eindeutiger Form die gleiche Auffassung ohne jede Sonderbestimmung vertritt, ist bereits gesagt. Hier ist also auch all' das gänzlich unberücksichtigt geblieben, was das römische Recht und die, wenn auch geringen Sonderbestimmungen der Partikularrechte als naturnotwendig anerkannt hatten: die nicht wegzuleugnenden Unterscheidungsmerkmale rechtlicher, wirtschaftlicher und praktischer Natur.

Nach unserer Ansicht war der Niederschlag der Erkenntnis wenigstens einiger hauptsächlichen Unterschiedsmerkmale zwischen Kauf und Tausch, wie er bei den erwähnten Rechtsauffassungen teils schwach, teils ausdrücklich enthalten war, vollauf berechtigt und notwendig. Dem BGB. ist es vorbehalten geblieben, das selbständige Rechtsgeschäft „Tausch" praktisch im Recht verschwinden zu lassen. Es scheint also so, als ob die Stellung und Behandlung des Tausches nunmehr völlig geklärt und erledigt sei. Bei Anwendung der Vorschrift des § 515 aber tauchen an Stelle der bisherigen Hauptfrage: „Selbständigkeit oder Unterordnung bzw. Einordnung in den Kauf" andere Fragen und Zweifel auf, die durch das BGB. in keiner Weise gelöst worden sind, selbst nicht unter Heranziehung der in den Entwürfen und Motiven enthaltenen Erklärungen und Bestimmungen.

Es ergibt sich einmal aus der Vorschrift des § 515 die nicht immer leicht zu lösende Frage: Wann liegt Kauf, wann Tausch

vor? Ist hier lediglich der Parteiwille maßgebend oder sprechen auch andere Momente mit? Der ganz überwiegende Teil der Literatur beantwortet diese Frage mit der Entscheidung: Der Parteiwille. Wir haben hierbei, um mit Warschauer treffend zu reden: „Das seltene, aber um so schönere Bild vollkommenen Friedens und völliger Uebereinstimmung der juristischen Konstruktion mit der philosophischen Forschung und mit den Anschauungen des naiven Volksbewußtseins". Bei allen evtl. möglichen Zweifeln und Sonderfragen, die der Tausch aufkommen läßt in der Gleichsetzung mit dem Kauf, ist in der Literatur eine vollkommen ungewöhnte großzügige Erledigung damit festzustellen, so daß Streitfragen oder Gegensätze einschneidender Art heute nicht mehr bestehen, nachdem die permutatio einst ein erhebliches Streitobjekt zweier großer römischer Rechtsschulen gewesen ist. Die Schwierigkeiten, die bei der praktischen Behandlung entstehen, kommen allerdings nur äußerst selten vor und hängen alle mit der Frage: Tausch oder Kauf? zusammen. Drei Möglichkeiten sind zu nennen: Tausch, Kauf, Doppelkauf.

Diese Schwierigkeiten treten besonders hervor bei der actio redhibitoria und noch stärker bei der actio quanti minoris. Hierfür liegen Entscheidungen aus der Rechtsprechung von einem Extrem zum anderen vor, heute hält man im allgemeinen den mittleren Weg ein. Nicht unerwähnt dürfen in diesem Zusammenhang bleiben die verschiedensten sich ergebenden Möglichkeiten bei Grundstücksgeschäften, wobei steuerrechtliche Fragen sehr stark mitsprechen und zu berücksichtigen sind.

Genaue Regeln lassen sich für den Tausch, d. h. für die Abgrenzung des Tauschvertrages und der ihm verwandten Verträge nicht aufstellen, wie das ja auch der Gesetzgeber im BGB. unterlassen hat in der Annahme, daß solche Regeln mit der Uebung und Anwendung des Gesetzes und durch die Verkehrssitte von selbst entstehen werden. Es muß festgestellt werden, daß der Tausch schon im Gesetz auf Grund seiner nun einmal vorhandenen Sonder-Eigenschaften zum mindesten durch gewisse Sonderbestimmungen besonders berücksichtigt werden muß, um gesetzlich Klarheit und Eindeutigkeit zu geben, was doch schließlich Sinn und Zweck jeden Gesetzes ist, um dadurch dem Charakter des Tausches und dem, was er in allen seinen Stücken im Volksbewußtsein und im Willen der Tauschfreudigen ist — nämlich etwas anderes als der Kauf — gerechter zu werden.

In der Begriffsbestimmung des Tausches sind sich fast alle Stellen einig, es gibt auch hierbei Außenseiter, von denen besonders Lammfromm erwähnt sei, der „überhaupt leugnet, daß der

Tausch notwendig ein Vertrag, daß die Glieder des Tausches notwendig durch einen Vertrag im rechtlichen Sinne verbunden sein müssen". Seine Ausführungen können aber nicht überzeugen.

Was ist der Tausch? Ist er nudum pactum, ist er das, was Sabinianer, das, was Prokuljaner behaupten oder das, was durch Lammfromm vertreten wird? Im allgemeinen heißt es: Kauf ist der Umsatz von Ware gegen Geld bzw. gegen einen Preis (merx — pretium, sagt Paulus), Tausch ist der Umsatz von Ware gegen Ware. In ganz großen Zügen trifft dieser Satz die Hauptmerkmale, aber diese Auslegung allein stößt, auf den einzelnen Fall angewandt, auf Hindernisse, z. B. bei der Frage Tausch oder Doppelkauf. Man muß daher nicht nur das Augenfällige heranziehen, um erschöpfend definieren zu können, sondern dem inneren Wesen und den zugrunde liegenden Beweggründen nachgehen, wenn selbst diese Begriffsbestimmung auch lang erscheint. Uns stellt sich der Tausch unter Berücksichtigung aller zu bedenkenden Momente so dar:

Der Tausch ist ein Vorgang, bei dem die einzelnen Teile ihren Willen auf die Erlangung des Eigentums an einer Sache (im weitesten Sinn des Wortes) als H a u p t sache von den zu tauschenden Gegenständen gerichtet haben. Er entspringt meistens freundschaftlichen Beziehungen der Tauschenden untereinander und meidet bewußt den streng geschäftlichen Charakter des Kaufes, er ist begründet durch das spezielle Interesse auf den speziellen Gegenstand, der im Wert, für jeden Teil persönlich, dem Verlangten dem zu Gebenden zum mindesten gleich ist, auch wenn der tatsächliche objektive Wert, einander gegenübergestellt in Geld veranschlagt, verschieden ist.

Der Tausch ist also ein Vertrag, gerichtet in der Hauptsache auf den Umsatz einer Ware gegen eine Ware (im weitesten Sinne), auf Leistung und Gegenleistung, zumal er ebenso Angebot wie Akzeption wie andere gleichartige Verträge enthält. Demnach ist er zu den gegenseitigen Verträgen zu rechnen.

Lebenslauf.

Am 13. September 1900 wurde ich in Piskorsine, Kreis Wohlau, als Sohn des inzwischen verstorbenen Pastors Hugo Moka und seiner gleichfalls verstorbenen Ehefrau Helene, geb. Holubiczko geboren.

Bis 1909 besuchte ich die Volksschule in Piskorsine, vom Juli 1909 bis März 1918 das humanistische Gymnasium in Waldenburg i. Schles., das ich verließ, um als Fahnenjunker in den Heeresdienst zu treten, in dem ich bis Dezember 1919 verblieb. Darauf wurde ich Kaufmann und war bei verschiedenen Firmen tätig.

Vom Winter-Semester 1923/24 bis Sommer-Semester 1928 studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität Breslau. Gegenwärtig bin ich kaufmännisch in Berlin tätig.

Franz Weber, Berlin W 8, Mauerstr. 80